

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会(第23回)

日時 令和2年12月10日(木)

場所 公益社団法人商事法務研究会会議室

*オンラインにて開催

○座長 「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」の第23回会議を開催いたします。本日もお忙しいところをご出席いただきまして、ありがとうございます。それでは、新たに作成されました資料21の第1章総論、担保法制全体の構成から議論していただきたいと思いますが、その前に私から申し上げたいことがございます。

これまで、二読までやってきたのですが、議論としては方向性も定まっていなかったかとお感じになる箇所もあろうかと存じます。それでも、報告書を出さなければいけないわけで、法務省のほうでは、なるべくコンセンサスが取れるような形でということで原案を作ってくださいしています。

ただ、研究会の資料ですから、本当にそれでいいのかという疑問は若干あるかもしれませんが、中間試案とか中間取りまとめと同じように、両論併記になってしまっても、それは仕方がないだろうと思います。その両論のそれぞれの良し悪しとか問題点とかをちゃんと説明をして、こういう検討をしましたということであると、研究会報告書としても、それはそれで構わないと思います。

したがって、無理矢理1つの見解にまとめるべく折れていただくという必要は、必ずしもございません。それよりも、この案を、仮にゴチックで示される1案にしても、こういった問題点が残っているというような指摘というのは重要でございますので、ご自由にいただければというように思います。

そういう意味で、最後の取りまとめのところも、無理矢理に何かまとめるというよりも、自由に議論をして決めていただければというように思いますので、よろしく願いいたします。

それでは、法務省から説明をお願いいたします。

○法務省 最初に、「総論」という部分に限ってご説明させていただきます。繰り返しになるかもしれませんが、二読での資料の立場にはいろいろとご批判等もございましたので修正を加えているつもりではありますが、大部だということもあり、個別に一個一個詳しく説明することは省略させていただきます。大きなところをご説明するという形で、できるだけ議論の時間を取りたいと思います。

最初の総論の部分ですが、全体として動産債権、その他の財産権が、今は非典型担保でカバーされており、それ全体をどのように構成していくかということですが、1つの極にはUCC的なものというのが考えられるかもしれませんが、今まで議論してきたとおり、基本的には動産と債権と別々に規定を設けていきたいと思いますという立場を二読でも採ってきたところです。

2つ目は、譲渡担保のように財産権を担保目的で移転する場合に適用される規定を設けるというタイプを本案とし、新しい担保物権を創設するというタイプを別案としておりましたが、ご議論を踏まえまして、多くの方々が本案を前提に議論されていると思いますので、別案は落とし、担保目的の取引を規律するタイプの規定を設けてみてはどうかということを2で示しております。

3 つ目は債権についてです。債権については債権質というものがあるので、そのまま債権質の現況を維持するわけではありませんけれども、債権質に関する規定を必要に応じて見直した上で、そこに譲渡担保も統合していくというようなやり方を二読ではご提案したのですが、譲渡担保という形で実務が回っている中で、債権質に統合するというのはなかなか受け入れ難そうだとということもあり、譲渡担保という類型を残すこととしています。ただ、債権を目的とする担保権であるという意味では債権質と債権譲渡担保は共通しておりますので、結局、担保としての望ましい在り方を追求してきた場合には、その両者の内容は一致するのではないかと思います。そこで、既にある権利質をいろいろと充実させた上で、債権譲渡に関しては、それをまるごと準用するというような規定の仕方が考えられるのではないかとということで、二読から少し違ったご提案をしております。

それから、4 と 5 については、すみ付き括弧になっていたり、P (ペンディングマーク) が付いており、対抗要件部分につきましては、今資料を準備しておりますが、次回にご議論いただく予定でございますので、それを踏まえて、全体のところをどのように書くのかというのは補充したいと考えております。第 1 章については以上です。

○座長 ありがとうございます。特に私から補足する点はありませんけれども、1 点だけ申しますと、債権質に一本化するという話では、いろいろなところから批判が聞こえてきました。それでは、譲渡担保に一本化すると言えばよかったのだろうかと言いたくなったりもするわけなのですが、譲渡担保と言いますか、このような別個の担保制度というものを残したとしましても、内容としては債権質に関する規律とかなり重複すると思われるので、債権質の規定を準用することに、技術的にはなるのだと思うのです。債権質と新しい債権担保、まあわかりやすくいえば債権譲渡担保ですが、その 2 つについて別個に規律を書いてもいいのです。しかし、この両者を民法の中に入れ込むということになりますと、それは多分法制局的には準用規定を置くということになると思います。しかし、それは技術的な問題であろうかというように思います。

○A 今の点なのですが、資料の 5 ページに、債権についても実務上は同様に譲渡担保が多用されており、債権を譲渡担保の目的とすることが定着しているので、法務省も座長もおっしゃったように、債権質に一本化することには抵抗が大きいということは、今までも伺って承知しているのですが、そのような抵抗が大きいときに、債権質に関する規定を譲渡担保については包括的に準用するというようなやり方を採れば、抵抗感とか運用の混乱は心配しなくてもよくなるのでしょうか。

そもそも、実務の方が心配されているのが、具体的にどういう点なのかというのが今一つよく分からないので、意味のない発言かもしれませんが、その心配が、債権質と同じように扱われては困るところがあるのだということだとすると、このように言い切ってしまうといいのかどうか疑問だと思ったので、伺うことにしました。

○座長 法務省にお答えいただきますが、その前に話は 2 段階あるのだと思うのです。1 つは、債権質と、仮に譲渡担保と言いますが、譲渡担保という制度を並走させて、譲渡担

保については移転の形を取るのだけれども、例えば担保の目的の範囲内でのみ移転の効力が生じるというように考える。

質権の設定というものが、それと根本的に性質が違うということになると、本人たちが真正譲渡であるというように主張しているときに、いや、それは担保ですから、担保権の範囲でしか移転していませんよねということは比較的容易いと思うのですが、担保ですよ、だから質権ですよというのは、観念的な問題かもしれませんがハードルが高いのかなという気がしています。そうすると、真正譲渡との間の絡みで整理をするのに、受け皿としての権利移転型担保というのを残しておいたほうが、多分処理がうまくいくのではないかというのが、私がこのことについて持っている印象なのです。これが第1段階としてあります。

第2段階として、では具体的な内容はどうするのですかという話で、一緒にしてしまったら駄目だと。せっかくだから譲渡担保は残せというように言っている人たちの意見を汲み取ることができないことになるのではないかという、Aさんのご心配だと思うのですが、法務省から何かその点についてございますでしょうか。

○法務省 座長からご指摘いただいた2点目のとおりで、実務の方に受け入れられるかどうかというのは、どういう内容の規定を債権質に関して作っていくかということによってくるのだらうと思います。

債権質と譲渡担保が具体的にどう違っているのかというのは、ちょっと前に議論したように、どの範囲で取り立てることができるかとか、担保の目的である債権の弁済期はきているけれども被担保債権の弁済期はきていない場合にどうするかとか、債権者に対する債権を被担保債権にすることができるか、担保目的で譲渡すると混同してしまうのではないかなどが指摘されていたり、税務上の扱いが違うということとか、そういう違いが指摘されていますので、抽象的に言えば、うまく規定を設けられるかどうかということなのだらうと思います。

私自身の印象としては、そこはそんなに致命的な違いというのはないのではないかと考えているのですが、もし2つの類型で取扱いが違っているところについて、それぞれ合理性があって残す必要があるのだということになれば、それは質権の中にも2つありますねというように言わざるを得なくて、質権を採ったらこう、譲渡担保を採ったらこうというのは、あまり合理性がないのではないかと考えています。

非常に観念的な説明をすれば、債権が移転していることによって1つの特別な効果が出てくるような、質権によっては導けない効果があるのだとすると、譲渡担保特有の規定として残しておかないといけないことになると思うのですが、今のところそういうものはなく、もし2つのタイプが必要なのであれば、質権の中に2つのタイプがあり、譲渡担保の中にも2つのタイプがあるというようにせざるを得ないのではないかという印象を持っております。

○座長 今、法務省からご説明があった中に、2つの種類のものがあって、1つは、質権

者は被担保債権の範囲でしか取り立てることができないというように、完全な譲渡よりも制限している部分というのがあるわけです。この点は至極もつともであるとも思えますが、しかし、質権の目的債権に係る債務者に結構負担を課しているのではないか。それを 478 条で処理するというのは無過失でないとは駄目なのというのも変な話で、かなり負担だろうということがあります。

そうなる、そういったことについては質権に関しても、質権者と質権設定者との間で処理をしてください、第三債務者にはご迷惑はおかけしません、というようにしたほうが合理的かもしれない。そこをどう考えるかなのです。

もう一つは、弁済期が到来したときに供託を求めるといような話なのですが、それは面倒なのかどうか。本当は面倒だろうと私などは思うのですが、建前上は供託は面倒でないということに民法全体が作られているので、そこをどのように触るかという問題があります。

さらに、そのときに質権においても物権法定主義で、それは全部強行法規だ、強行規定だと言うべきなのか、それとも、この質権においては取立ての制限が掛かりません。あとは質権設定者と質権者との間の内部的な移転の問題にしてくださいというように、そこを特約でできるのかという問題があって、特約でできるということになると、条文を作りましても、所詮解釈規定にすぎなくなるという面があります。そして、権利移転型の担保においても、それは解釈としてデフォルトのルールは置くとしても、結局は同じになるのではないかという話だと思います。それで皆さんご納得いただけるかどうかは分かりませんが。

○A 積極的に意見があるわけではないので申し訳ないのですが、そもそも報告書の取りまとめのところで、例えばですが、「債権譲渡担保については債権質に関する規定を包括的に準用するものとする」というように書くことの意味がどこまであるのかということを考えていて、今のお話を伺っていると、債権質の規定を債権譲渡担保に準用できるようにという観点から見直すとか、あるいは設けていくということが考えられているわけですよ。その規定を設けた上で、これから検討が加えられて、債権譲渡担保については別に扱ったほうがいいかなという意見が仮に出てきたとしたら、ここは遡ってというか、総論の部分について、基本的には準用するけれども一部固有の規定を設けることも考える、というように変えていくという理解でよろしいのでしょうか。

○法務省 そういうものがあれば、もちろん変えていくということになっていくのだろうと思います。

○座長 それもそうですし、Aさんがおっしゃる説明で、妙な反発を招かぬようにするためには、債権質の規定の中にも必ずしも合理的ではないものもあるということ踏まえて、そこを再検討するとともに、担保として合理的な制度、合理的な規律はどういうようなものかということを考えていき、なお、ある一定の点については区別を設けることもあり得べしなのだけれども、一緒になるかもしれないというように、書き方にすべきでしょう。

いずれにせよ、準用するのだというように書いてしまうと、ちょっと真意に反してしまうところがある気がします。

○B 私も前々から、債権質と債権譲渡担保は違うものだというように理解しているものですから、質権を譲渡担保のほうに準用するというやり方で果たしてうまくいくだろうか、大方の賛成を得られるだろうか、ということをご気にしております。もともと質権と譲渡担保の違いはあるのではないかと考えています。

間違いがあったら教えていただきたいのですが、質権の場合は質権設定者に、あくまで債権の帰属がとどめられている。これに対して債権譲渡担保の場合には、どういう説明をするかは別にして、譲受人のほうに担保の目的で債権が移転しているという形式だと思うのです。

それを前提に現在の実務も、契約書などを作り、実務の運用も形作られてきているというところがあると思うのです。だから、債権譲渡担保の場合には、譲受人のほうに債権が既に帰属しているということを前提に、しかし譲渡人のほうに取立権限を付与するという形でのサービシングと言うのか、そういう取立権限付与が行われるという形になるわけです。

それに対して債権質のほうは、もともと設定者に帰属している債権の上に担保権としての質権がくっ付いているということで、しかも、そこでは処分権の制限など、差押えに似たような効果が出てきて、設定者による取立取立ては原則禁止となっていると。もちろん、そのような制限を担保権者が解除していくということは合意で可能なのかもしれませんが、もともと債権質は、以上の点で債権譲渡担保とは法律的に違うものだと私は理解してきましたし、現在の大方の実務家は、明確に認識しているかどうかは分かりませんが、そのように考えているのではないかと考えています。

それから、実務の使われ方としては、質権のほうは1本の個別債権を対象として使われる場合がメインであって、集合債権質みたいな使われ方というのは、現行法でも不可能ではないはずですが、私は、少なくとも直ちには思い起こせないのです。もちろん、預金債権の質権について、普通預金について集合債権的な説明をするということはあり得るわけですが、それを除けば、集合債権質みたいなものは、ほぼ使われないと。むしろ、将来債権を含む集合債権について譲渡担保権を取得するというやり方が取られております。ここは、もちろん質権のほうでも集合的なものを許容するというやり方でもって、質権のほうを膨らませて、それを譲渡担保のほうにもできるようにするのだというやり方で準用するというのはあり得るかもしれないのですが、私の理解では、質権というのは先ほどのような譲渡担保と違いがあるものですから、もし質権のほうを膨らませようとしたら、質権に、現行法でいう固有の債権質に近いものと、債権譲渡担保に近いものとの2つの類型を作ることなのかどうか、そこを私はまず理解したいと思います。

あと、動産譲渡担保のほうでは担保目的での移転という形で、今回、担保所有権という概念まで入れて、動産譲渡担保の担保目的での動産譲渡という形を担保所有権と捉えると

ということになっていますけれども、債権譲渡担保のほうについても、同様に、担保目的での債権の移転という形をとることが整合的なのではないか。仮に債権譲渡担保を債権質に寄せるとすると、動産譲渡担保のほうをどういうように規律するのか、そこでの説明をどうするのか。換言すれば、動産について、譲渡担保権者のほうに所有権が担保目的で移転しているのだと、所有権が帰属しているのだという説明を採るのだとしたら、どうして債権のほうはそうならないのかと。

債権質は設定者のほうに債権が帰属したままだという類型だと捉えると、債権質と債権譲渡担保は大分違うものなので、債権質のほうに合わせるということはどうなのかなと。譲渡禁止特約とか譲渡制限特約とか、あるいは倒産手続の扱いにも影響があると思うのです。債権質のほうで、設定者のほうに帰属しているという前提を採った場合と、債権譲渡担保で担保権者のほうに、債権が曲がりなりにも移転しているということを採用した場合は、譲渡人が倒産した場合において、倒産手続上の論点に影響があるのではないかというように思います。以上、いろいろな論点がありそうだとすることを申し上げたかったということです。

○法務省 この案も、権利質において、質権は設定者のところに帰属していて、譲渡担保では担保目的の範囲内で債権が移転しているという理解と違う考え方を採っているというわけではありません。

そういう意味では、総論的なところはBさんがおっしゃるとおりだろうと思います。ただ、Bさんとしては具体的に妥当する規律が違っているというご理解なのではないでしょうか。それとも、構成が違うので書きぶりが違ってくるということなのではないでしょうか。抽象的に、構成が違っているのではないかということは分かるのですが、例えば今の366条のような規律を維持するのか維持しないのかということは、それ自体、少し前に議論したところではあるのですが、その債権を目的とする担保権について、どういう範囲で取立権を付与するのか、供託を認めるのかどうかを個別に議論すればよく、それを議論すれば、結局、あるべき規律としては同じになるのではないかと考え、それはそろえていいのではないかとこのことを、ここではご提案しているのです。

そこが、結論としては一緒だけれども規定の書きぶりが違ってくるというご主張なのか、それとも、どちらに帰属しているかというところで具体的な規律が変わってくるということなのか、どちらなのでしょう。

○B 私が論点の所在をよく理解していないのかもしれないのですが、逆の質問になってしまって恐縮なのですが、今回は、債権譲渡担保についての条文は新設するということになりませんか。

○法務省 もちろん新設するということになると思います。新設するとき、今はこれを準用するという形の規定を設けるということになるわけですが、もし質権に関する規定と譲渡担保に関する規定とで、例えば担保権者が取り立てる範囲が違っているということになれば、もちろんそれぞれ書き下すということになるし、同じなのであれば準用するとい

うことになると思います。

○B なるほど。具体的な条文案と言うか、債権譲渡担保という条文ができ、そこでどういう譲渡人と譲受人が、どういうことができるということが書かれていって、それで、今現行の債権譲渡担保で行われていることと矛盾のない範囲、おかしいことにならない範囲で、質権の規定が準用されるということであれば、それは分かるのですが、債権譲渡担保が例えば1か条だけあって、そこに「債権譲渡担保については債権質の規定を準用する。」みたいになると、それは大分混乱が起きるだろうと。私自身が条文のイメージができていないので。すみません、先ほどのご質問に対するお答えにならないのですが。

○法務省 条文案としては、動産ほどたくさんの論点があるわけではないというか、かなりシンプルなものになるのかなと思っているのです。今は364条と366条があるだけです。書けることも、せいぜいそういう取立権の範囲など、全体的な効力に関する規定としては、ある程度限定されているのかなと思っていますが、倒産などに関して規定することはいろいろあるのかもしれませんが。

ただ、それは今の債権担保の在り方からすると、債権譲渡、譲渡担保という形でされていることが多いので、その実務を阻害しないような形で債権質も規定を設けていくのかなというイメージでおります。

○B 債権譲渡担保のほうに、現在の使われ方の骨格となるような規定が置かれた上で、必要な範囲で債権質の規定が、例えば権利質ですから現在でも順位の設定ができるとか、そういったところが準用されていくとかということであれば、それは分かるのですが、先ほど座長がおっしゃったとおり、実行が被担保債権のところ限定されるのかどうかなどの規律を質権に残すのか、質権に残す場合には、それを譲渡担保に準用してよいのか、もし譲渡担保に準用すると、先ほどのように第三債務者がかえって保護されなくなるような効果が生じかねないのではないかと、そういう論点もあると思うので、質権の規定をどこまで譲渡担保に準用するのが正しいのかということも含めて、私も勉強したいと思います。

○座長 そのときに、質権の規定は触らないということを前提にしてもらっても困ると思うのです。質権の規定も触って、合理的にしたときには、譲渡担保についてあるべき規律と同じになるだろうというのが、ずっと法務省がおっしゃっていることであって、質権を現在のままであることを前提にして、それを準用されたら現在の譲渡担保と変わってくるというのは、当たり前の話です。

ただ、そのときの技術の問題として、繰り返しになりますが、単行法ならば、質権の規定を準用するというにはならないと思うのに対して、民法の中に入れますと、それはやはり法制局的には同じで、譲渡担保権者は取り立てることができるとか直接に書くのではなく、質権の規律を準用すればいいので、366条の1項を準用すると書けというのが、法制執務的な感覚だろうと思うのです。

そうやってきたときに、ほぼ重なるということになると、かなりの部分を準用するとい

うことになるというだけの話なのですが、ただ、Bさんがおっしゃった話とか、最初にAさんがおっしゃった話の重要な点は、誤解というか、そういうような感じを招きがちになってしまうというところがあるので、書き方とか、プレゼンテーションとか、そういう仕方というのはより慎重になったほうがいいし、また、議論は開かれているのだということを確認にしたほうがいいのだらうと思います。

○B 日弁連のバックアップ会議で言われていたのは、「美しさより分かりやすさ」ということでした。担保の場合は、特にそういう点は重要かなと思いますので、補足したいと思います。

○座長 それは法制局マターですね。なかなかすべてを書き下そうと法務省が言っても、なかなか大変かもしれませんけれどもね。ほかに何かございますでしょうか。

○C 今の関連で念のため確認させていただきたいのですが、債権譲渡担保というのが、しかし性格としては担保目的の譲渡だということを残していると言うか、それを否定するものではなくてという話だったかと思うのですが、単純に例えば対抗要件の規律だと、今は将来債権の譲渡担保というときには、債権譲渡だから467条の対抗要件を備えられるということで467条で読んでいるのだと思うのですが、それが364条のほうで読むことになるというように根拠条文が全部変わってくるということになるのだらうかというのが確認です。

もう一つ、今まで将来債権について、譲渡と譲渡担保と、最後の実行のところなどで被担保債権が効いてくるというところは違いなどがありますが、入口の設定のところは、どちらも同じようにパラレルに考えられてきたようなことがあったと思います。仮にこの規律が入った後、将来債権譲渡についての何らかの判例が出たというようなときには、それは将来債権譲渡担保にも同じように及びますという話になるのか、それとも、債権譲渡担保は債権質のほうの話になるので、将来債権譲渡についての何らかの考え方が入口段階で示されたとしても、それはそれという扱いになっていくのか、インプリケーションの問題かもしれませんけれども、それはどうなるのでしょうか。

○座長 今のお話は、法務省がお答えになるような質問ではないと思うのですが、今思う限りで言いますと、前半の対抗要件の具備の仕方を、364条を準用するのかというのは、Bさんがおっしゃったこととかなり密接に結び付いており、質権というものの対抗要件が具備されるというのは、債権自体は担保の範囲でも動いておらず、あくまで設定される他物権について対抗要件が具備されるという性質の条文なのですね。それが、債権譲渡が担保目的でされるときに準用されるのかと言うと、それは多分準用はされにくいのだらうと思います。債権譲渡の条文は、担保の範囲内における移転というものの対抗要件になるということだと思います。

ただ、現行の364条であっても、立法論的に見ますと書き方はいろいろあり得るはずなのです。例えば債権を目的とする質権の対抗要件については債権譲渡の規定を準用するというように、書こうと思えば書けるはずであって、質権の対抗要件の形で一応書き起こ

しているというのがどういう意味を持つのかというのは難しい問題があるのですが、ただ、どちらの規定になるのですかということ、恐らく債権譲渡の対抗要件の話になるのだろうと思います。

2番目の将来債権の例えば判例が出た場合に、譲渡の判例が当然適用されるのか。これは2通りの考え方があって、1つは、質権の規定と同様の規定になるがゆえに、技術的には質権の規定を準用するという形で譲渡担保を定めるにしても、譲渡担保と言うか、担保所有権的な、そういったタイプの担保を定めるにしても、それは担保目的の範囲内における譲渡なのだよね、効果としては質権の規定がほぼ準用されているけれども、というように考えると、将来債権譲渡の判例がそこに適用されるということになるでしょう。ただ、そのようなことを言い出すと、今だって本当は将来債権譲渡の判例法理は、譲渡だからこのようになっているのであって、担保の範囲における譲渡の場合には別に考える必要がありますので当然には適用されません。当然にその判例は生きてきませんという解釈論なので可能は可能だろうと思うのです。それは賛成するか賛成しないかの問題ではなくて、可能は可能だろうと思いますので、そうなる解釈論としては残るということになるのではないのでしょうか。

○C そうであればいいと言うか、対抗要件について、それは基本的には、むしろ債権譲渡のほうでいくのではないのでしょうかということだとすると、包括的に準用するといっても、全部それでいくということではなくて、これはBさんがおっしゃったことかもしれませんが、言わば性格としての軸足がある程度譲渡のところであって、しかしながら質権のところと同じような規律になるところは質権のところを準用するということになる。本拠地がどちらかという問題はあるかもしれませんが、本拠地は言わば譲渡というところであって、しかしそれが担保目的であることによって、その担保の規律が準用されてくるという位置付けなのかなと思います。

そうだとすると、後のほうの、仮に判例が出たようなときにどうなるかという話も、それは可能性としては幾らでもあるかと思いますがけれども、そこも今の扱いと言うか、考え方から大きく変わるということではないのではないのか。法的性質の、例えば譲渡であるというところは維持しつつ、しかしながら担保の規律が入ってきて、その部分はほとんど質権並びです。ただ、同じ内容でも譲渡のほうの規律でいく部分もあるのです。そういう趣旨が、この提案の「包括的に準用する」という意味ではないのかと思いました。

○法務省 私も対抗要件のところは467条で読むのだろうと理解していましたので、そういう意味では「包括的に準用する」という表現がまずかったのかなと、もう少し具体的に書いたほうがよかったのかなというように感じました。Cさんがおっしゃったことについて、特段の異論があるわけではありません。

○座長 債権の問題はそういうわけで誤解を招く書き方になっているかもしれませんが、一番の根本、つまり担保権の設定という形の全体構造にするのか、それとも、所有権と言いますが、そういうような所有権の移転が担保目的でなされたので、担保の範囲に、それ

を縮減かどうか分かりませんが、縮減して規律するのですよという書き方にするのか、その選択、一番大きなところですが、皆さんの感覚としてそこはいかがですか。

○D コメント付版資料の4ページの担保目的取引規律型を採る理由としてコメントが付いていて、そのコメントの2つ目の所に、「担保という中間概念を設ける必要はなく、どういう場合にどういう効果が発生するかについて個別に規定を設けていけばよいとすると、担保物権を設ける必要性は乏しいのではないか」というように書かれているのですが、中間概念という考え方からすると、所有権を移転するという形式も一種の中間概念だと思うのです。所有権移転という形式を採るからこそ、それについて説明をしなくてはならない場面が出てきます。例えば、後順位が存在を認めるとすれば、後順位の人はいく何を持っているのかというような疑問も生じてくるわけですし、あとは、担保目的で集合物の所有権を移転するとか将来物の所有権を移転するということが可能なのだとすると、真正譲渡の場合に集合物や将来物の所有権を予め移転することが可能なのかという疑問も生じます。

ですから、「担保という中間概念がいけない」という考え方はどうなのかなという風に思っていて、先述のように「所有権を移転する」という形式を採ることから生じる疑問もあることからすると、担保権を創設するという案も残してはどうかと考えました。

○B この点も分かりやすさの観点からすると、特に、コメントの所にも書かれているとおり、後順位担保の説明の仕方というのが、動産上の抵当権みたいな形のほうが説明しやすいのかなと思うのです。あるいは設定者から目的物を取得した第三者、第三取得者をどう説明するのか。競売とか配当などにおける順位の取扱いですとか、あるいは法的倒産手続における取扱いとか。

そういった関係では、担保物権として規律したほうが明確かつ安定的な面があるのかなとも思うのです。ただ、全ての担保目的での所有権移転取引を把握する必要があるということのほうが大事なポイントなのだとすることが恐らく法務省のお考えなのだろうと思うので、それらの「良いとこ取り」を、どのように達成していくのかというところが気になっていました。担保目的規律型にした場合であっても、例えば後順位の担保の取扱いについては、抵当権における第1順位、第2順位みたいな形と同様の説明ができるように、目的財産の上に、順次、担保権の設定があったものとみなすというような、みなし規定のような条文を作ってはどうかなど、何らか工夫が要るのではないかと思います。

そのことが先ほどのコメント欄で、効果のほうをきちんと整備していけばよいのだというご趣旨なのかもしれないですけれども、やはり担保目的規律型で弱いところはあると思うので、特に第1順位を設定した後の設定者留保権に担保を付けるとか、そういう説明は、私はいかがなものかと。それを前提に制度を作っていくというのはどうなのかと。やはり担保目的物自体、あるいはその担保物のバリューについて、第1順位、第2順位というのが普通の考え方ではないかと思うのです。そこは説明の問題だから条文で書くことではないという割り切りの仕方もあるのかもしれないとは思いますが、しかし、何とか良いとこ取りができないものかというように感じております。

○座長 ありがとうございます。そうすると、例えば第1章の2の所に、「動産について新たに非占有型の担保制度を設けるものとし、動産の所有権が担保の目的で移転又は留保された場合に関する規定を設ける方法による」、あるいは、「動産の所有権が担保の目的で移転又は留保される合意の効力に関する規定を設ける」と書いたらいいのでしょうか。

仮登記担保法は、代物弁済をする予約の契約と書いていて、私は担保権を創設したものではないというように思っているのだけれども、多くの学説は、仮登記担保法によって担保権が創設されたのだと言うのです。

では私が言うように担保権の創設ではなくて、あれは所有権を移転するという約束をした契約の効力について定めているだけだと言って、それでは担保権が創設されたという学説と、具体的に解釈論で違いが出てくるのかといたら、必然的には出てこないのです。そうすると、開いておいたほうがいいのかもわからない。こういうような移転の契約の効力について書いているのです。担保物権はできたのですか、できていないのですかと、それはよく知りませんが、というほうがいいのかもわからないですけれども、そこら辺も考えどころかもしれませんね。

意見の分布を伺っておきたいのですが、出発点についてご意見はございませんでしょうか。是々非々ですか。今後、具体的にどのような内容を作っていくかというほうが大切だという感じでしょうかね。

○A どちらがいいという意見ではないのですが、担保権を新たに創設するというときは、譲渡担保と、例えば所有権留保は区別して規定を設けることになりますか。それとも、そうではなくて、今は譲渡担保と所有権留保は同じ規律の下に服せしめようということで原案が考えられていると思うのですが、担保権を、名前を付けて創設するとなると、それは可能なかという。

何でそのようなことを言うかというのと、譲渡担保と所有権留保というのは、所有権の移転があるかないか、設定者と呼ばれる人が持っている権利がどうやって生まれるかということのメカニズムがそもそも違うので、説明の仕方は当然いろいろなところで違ってくるのですが、説明の仕方が違ってくるということは基礎にある権利概念が違うということだと思ふのです。

そうだとすると、担保権を新たに作るといったときに、そのようなことができるのかなというのを1つ疑問に思っています。また、もし違うので2つ別に作るということになると、とんでもなくややこしいことにならないのかなと。更には、これは資料にも書かれていることですが、そういう、ある種の名前の付いた担保権が創設されると、従来型の譲渡担保、あるいは従来型の所有権留保は、実はそれとは違う権利なのではないかというところが出てくるおそれもないかなというように、漠然とですが不安に思っています。別に、だから担保目的型を中心にすべきだというほどの意見ではないのですが、権利を作っていくというときは、いろいろややこしいことが出てくるのではないかと心配だということだけ申し上げておきます。

○C Aさんがおっしゃったことの繰り返しになるのかと思うのですが、正面から担保権として規律すると、債権のほうは質権のようなタイプの担保権の制度があって、しかし譲渡を使ったときにどうかということになるので、それと同じような構造を作り出すことになるのではないかと思います。非占有型動産担保権というのが新しく作られて、これは今民法に規律がないので、新しいものを作ると。しかしながら、合意として担保目的で譲渡をすとか、あるいは所有権留保をすというときには、非占有型動産担保権設定契約という形を採っていないので、そういう合意をした場合には、新しい担保権の規定を準用するというような規律になって、しかしながらAさんがおっしゃったように、そういう中で所有権留保型のものについては、優先関係で特別な規律を設けるとすると、新担保権の中に、恐らく財産取得融資タイプの担保権というものを別立てで設けて、かつ所有権留保の合意がされたときには、そちらの規定を準用すとか、そういう構成をしていくのではないかと。その構成のほうが最終的な形の在り方は、もし債権のほうについて本体は債権質のほうですということにするのであれば、それに近い形になるかもしれないのですが、もともと民法に土台があるものと、そうでないもので、しかも所有権を使いながらそれを使ったらどうなるかというのを書いていくというのは、かなり大掛かりな作業にはなるだろうと思ひまして、大変だろうなというように思うということです。

○座長 ありがとうございます。ほかに総論部分で、差し当たって何かございますでしょうか。

○D 総論部分のうち、3 ページについてコメントさせていただきます。総論部分の本案では、動産と債権は別々に規律して、目的物の種類を問わない統一的な担保制度は作らないという案になっていて、そのことについて私も現状ではそれがいいのではないかと考えていて賛成です。ただし、3 ページの上から 9 行目ぐらいに、「目的物の種類等を問わない統一的な制度を設ける必要性は高くない」と書いてあって、包括担保については、別途そういう制度を設ければ足りるというようなことが書いてあるのですが、ABL の視点から見ると、在庫と売掛債権とか、一連の流れで生じてくる債務者の財産を 1 つの担保権で把握したいというようなニーズはあるかもしれないと思ひました。今次の担保法改正に向けた検討に関しては、担保法にご知見の深い先生方の様々なご論稿が既に発表されていますが、その中でも、ABL 的な視点から見ると登記制度については統一的な制度があることが望ましくて、それが無理だとすれば動産と債権とを結び付けるような登記制度を考えるべきではないかといったご見解が存在するように記憶しております。報告書の中でも、一概に「必要はない」というように言い切るのではなくて、「そういうニーズもあるけれども現状は少し難しいので…」、というような言い方に変えることはできないかなと思ひました。

○法務省 そういうものこそが ABL であるという理解なのかなと思ひました。そういうものも含めて、包括的な担保制度というものがカバーしているのかなと思ひていたのですが、表現については工夫してみます。

○座長 ただ、その話というのは、新しい担保権というのを作って、その担保公示制度というのを作ってというのが大前提です。ニーズはあるというのですが、そうだったらいいのという話であって、債権を別に取ればいいのではないかという感じが、私にはすごくするのです。それを1個でやったら便利なのですよと言われますと、お新香と生卵は別に頼めばいいじゃないか、という感じがするのですけれどもね。個人的な関係ですが。

まだまだあるかもしれませんが、結局、もし仮にこういうような総論的な構成をとったのでは、次の各論的なところでどうしてもうまくいかないということになりますと、やはり新たな担保物権として構想せざるを得ないのではないかという問題も出てくるかもしれませんので、そういうふうに戻ってくるかもしれないということを前提としつつ、申し訳ございませんが、次のところに進めさせていただければと思います。

次に第2章、6ページ以降ですが各論です。第1、第2について議論していただきたいと思います。法務省から御説明をお願いいたします。

○法務省 第2章「各論」、6ページ以下についても二読から大きく変わったところを中心に、どこが変わったかということだけを御説明します。表現などは細かく変わったりしている所もございしますが、大きなところとしては、それほど影響はないのかなと思います。

第1の1は、所有権留保について、第三者所有権留保についての定義を書いてみたことと、7ページの「担保権が及ぶ範囲」というところで、従物に関しては規定を設けないというのが二読のときの議論だったのですが、特に問題になるのは、設定後の従物で、形式的には担保権者が所有権を持っている、そこに設定者が自分の所有物を付けたという意味では、本来的には従物の定義に当たらないものに及ぶというルールを設けないといけないのではないかとということで、考えを改めまして、(1)に従物に関する規定を設けたということになります。(2)(3)は、変わりはありません。

それから、11ページを御覧ください。ここは大きく全部削ってしまったところなのですが、以前は担保所有権の設定者が担保権の負担付きで目的物を譲渡できるということ、それから、担保権を重ねて後順位の設定権を設定できるというようなことを、かつての3という項目に書いていたのですが、そこを全部削ったということになります。

なぜ削ったかということなのですが、1つ目は、担保権の負担付きで目的物を譲渡することができるということなのですが、それは実体的にはできるのだろーと思いましたが、担保目的で所有権が移転する、しかし、そこに何かの物権的な権利が設定者留保権として残っているのであれば、それを譲渡することができるというのは、要するに自分の権利を譲渡できますということを行っているだけですので、そのことについて特別な規定は要らないのではないかと思います。もし必要なのだとすると、担保目的で所有権が移転した後に残りかすとして設定者留保権という物権的な権利が残っているということを書くという意味ではそういう条文が必要なかもしれないのですが、それは条文になりにくいかなということもあり、削りました。

もう一つの後順位の設定権を設定できると、1つのものに重複して担保権を設定するこ

とができるということについては、もしかすると規定があったほうがいいのかもしいのですが、ここの構成についていろいろな考え方があるということもあって若干書きにくかったということがあるのですが、あと、実行のところでは後順位についての規定が設けられるので、そこで読めばいいのではないかとということもあって落としました。

それから、11 ページの新しい 3 では、配当要求に関する規定を設けたということと、第三者異議についても、規定としては残っているのですが、適用される範囲を限定して無剰余の場合にだけ訴えを提起することができるようにしました。配当要求を認めるとともに第三者異議まで認めるかどうかについては、配当異議に一本化する考え方もあるかもしれませんが、ただ、第三者異議の場合は、第三者異議の訴えを提起するとともに、直ちに執行停止の裁判を求めることができ、まずは執行を止めることにもメリットがあるのではないかとということで、2つの方法を定めました。

4、5については大きな変更はございません。

物上代位については 16 ページで、二読の資料の段階では、差押えに代わる方法として私的実行がされている場面で、差押えに代わる私的な物上代位権の保障を何か設けようということ考えていたのですが、債務者の負担が大きくなるということもあり、やめました。

それから、二読のときの資料で解釈に委ねることにしたところなのですが、物上代位と、物上代位の目的となった債権を目的とする担保権が設定されていた場合にどちらが優先するのかという問題があり、それについては2つの案を示しております。いずれにしても明文の規定があったほうがよいということでご提案しています。その後、7、8については大きな変更はありません。

第2につきましては、先ほどBさんとの間でいろいろやり取りがあったところで、それを繰り返して書いていただけでございます。ただ、その準用される具体的な中身というのは、実行であるとか倒産法上の扱いといったところで出てくるので、そちらをご覧いただいてからご議論いただいたほうが生産的ではないかと、先ほどの議論を経て思いました。私からは以上でございます。

○座長 ありがとうございます。結構大部ですので、どこからでもご意見をお願いします。

○E 前回は申し上げたと思うので、しつこくて恐縮です。7 ページの 2 の担保権が及ぶ範囲について、従物については今回提案が変わっていて、こういう方向に賛成です。

(3)については、資料の 11 ページの 3 の直前の所に、「抵当権について規定の見直しをしないのであれば、動産についてのみ異なる規定ぶりをするのは難しい」という理由で、第 371 条と同じ規定ぶりということになっています。今回は、一切抵当権には手が付けられないのだということであればそれは仕方がないことかもしれませんが、もともと 371 条の「その後に生じた」という部分については批判のあるところですから、これを機会に、ここは「その後に生じた」という部分を削除して、削除したのと同じ規定を担保所有権に

ついて設けるということをお我々としては目指すべきではないかというのが1つ目の意見です。

もう1つ、物上代位については、今1.6.1と1.6.2の2つが挙げられていて、1.6.2のような、抵当権と同じような規律にするということも案としては残っているわけです。前回は議論されたと思うのですが、やはり、不動産登記と公示力の点で大きな差がありますから、動産については対象となる債権自体を目的として譲り受け、あるいは譲渡担保を受けて対抗要件を備えた人をより保護すべきかという気がしますので、1.6.1を採用することにすべきではないかと思っています。

それについて、それほど意見の違いがなかったような記憶なのです。もしそうだとすれば、単純に2つ並べるというよりは、基本1.6.1でいくという方向感を少し出してもいいのかなと思います。

○座長 前半はおっしゃるとおりで、もうちょっと元気に書こうという感じかと思いますが、後半はいかがでしょうか。後半について法務省から何かありますか。

○法務省 特にありません。私としてはどちらがいいかということでもないですが、Eさんのお話だと、債権の担保の対抗要件が後であっても取られてしまったら物上代位権を行使することができないということですよ。もともとの担保所有権の対抗要件具備後でもそちらのほうが勝ってしまう。差押えが先にあれば別だろうということだろうと思いますが、そういうことでよろしいですか。

○E 物上代位行使としての差押えと、それから目的債権の第三者対抗要件の先後で決めるということでは。ごめんなさい、1.6.1はそういう趣旨かと思って発言しました。

○法務省 そういう趣旨です。

○C そういう趣旨ですということの意味を確認したいのです。1.6.1は、行使することができないということになっていて、1.6.2は、優劣はこれこれによるものとするということで、どちらが優先するかということとともに、その優先の仕方というか、それが違っている案のように思うのです。行使することができないということだと、劣後するだけではなくて、およそそれにはかかっていけないということなのではないでしょうか。剰余があっても行使できないことになりそうですが。

○E 私も、そこは書きぶりの問題なのかもしれないのですが、(3)のもともとの柱書きみたいのところについて、「優劣関係については次のような考え方があり」ということなので、基本1.6.1と1.6.2はいずれも優劣関係が問われるものかと思ったのですが、そういう理解でいいのですか。

○C 私も、そういう理解かなと思ったのですが、そうすると書きぶりが、わざわざ書き分けてあるのがどうなのかと思いました。

○法務省 そういう趣旨です。書きぶりは確かにそろえたほうがいいかもしれませんが、検討させてください。

○F Eさんは、公示力に差異があるから、1.6.1を基本とするべきであるとおっしゃい

ました。しかし、公示力の差異については、研究会資料の 19 ページで示されているような見方も、あるのではないかという気がします。また、1.6.1 と 1.6.2 との違いを公示力の差異によって正当化すること自体についても、異論があります。すなわち、抵当権に基づく物上代位について、1.6.2 のような考え方を支持するとしても、不動産登記の公示力が代位目的債権について及ぶことを強調することについては、批判的な見解も有力です。以上の次第で、1.6.1 を基本とするよりは、1.6.1 と 1.6.2 との両論を併記したほうがよいのではないかという気がしました。

もっとも、いずれにせよ、この問題については、先取特権に基づく物上代位や抵当権に基づく物上代位について明確なルールが定められていないため、動産譲渡担保権についてのみ明確なルールを定めるのは、難しいように思います。

○座長 私も 2 点あります。1 点は、債権を目的とする担保権というのは質権のこととか、質権だけですか。譲渡担保に関して、仮に担保権という考え方を採らないのだったら、これは質権だけになるような気もするのだけれども、そういう意味ではないのですか。

○法務省 ここは、譲渡担保も含むつもりでした。

○座長 そうすると、真正譲渡の場合も勝てないというのが背後にあるんですね。

○法務省 そこは同じく、債権の譲受人が勝つことになると思います。

○座長 もう一点は、対抗要件の話として、F さんとか E さんから話があったように、占有改定で動産の所有権移転型の担保の対抗要件を備えるということになると、その公示力は事実としてはないよねという話になって、だからこそ債権の譲受人や債権を担保として取得した人を保護しなければいけないよねという話になるわけです。

仮に対抗要件は占有改定でいいのだけれども、しかし、優先劣後関係をはっきりさせるためや、一定の効力を認めるためには、別途担保登記ファイルみたいなものを対抗要件ではないものとして置き、それがされていることを必要とすると考えますと、それがされている場合と、されていない場合で物上代位の他者との間の優劣関係は変わってきてもおかしくないような気がするのです。そうすると、対抗要件制度をどのように、対抗要件とか、対抗要件ないしは登記ファイル制度をどのように仕組むかという問題と多分絡んでくるんですよ。それは、そういう認識でよろしいですよ。

○法務省 おっしゃるとおりだと思います。そのときにどっちで採るのかというのをまた考えないといけないと思うのですが、これを作った段階でそこまでは考えが及んでおりませんでしたので、もう一度考えます。

○B この論点は、E さんがおっしゃった 2 点とも私は E さんと同じ考えです。物上代位については、やはり現行法の対抗要件を前提として考えると、それは今回の立法によってもあまり変わらないということになると、2 つの問題があります。抵当権設定登記における公示と何が違うかということです。抵当権設定登記は誰でも、いつでも見ることができます。そして、その目的物が明確に物的編成主義であるために記載されているというところが決定的に違うだろうと。つまり、占有改定は全く公示力がない。動産譲渡登記は一応

登記というものがあるのだから、一定の公示はされているのではないかという議論も、あり得るところではあります。動産譲渡登記は誰でも見られるかということ、およそ譲渡があったということは、誰でも見ることができる、あるいは知ることができるわけです。その目的財産については、明確な記載があるものは登記事項証明書になるわけですが、それは誰でも取れるわけではない、むしろ限定されていることになります。

そこが決定的に違う。物上代位権が公示されているとまで言うことはできないだろうと思います。したがって、動産担保権の担保所有権に基づく物上代位による差押えと、それから債権譲渡、債権質、債権譲渡担保の第三者対抗要件具備の先後によって決めるべきであると。したがって、1.6.1 がその趣旨であれば、1.6.1 に私は賛成したいと思います。以上です。

○C 座長がおっしゃったことに関連するのかもしれませんが、一応念のために確認させていただきます。第三者対抗要件の具備の方法は複数あり得る。別途担保専用優先関係登記を作るとするとまた別かもしれませんが、そこはもうどれでもいいということでもよろしいのですか。つまり、後から債権に担保を付けたものについては、登記は使っていないで、確定日付証書による通知だけであったということでも、それは同じ規律ということでもいいのでしょうか。EさんやBさんのご意見の中身を確認するということでもあるかと思うのです。

○E 今のご質問との関係で、私の理解というか考えは、物上代位の対象となる債権自体を譲り受けたり、譲渡担保を受けたりするときの対抗要件については、債権譲渡登記に限らず、あるいは担保ファイルに限らず、確定日付ある通知又は承諾でも同じ取扱いをしてもいいのではないかと思います。

他方で、仮に1.6.2を採ることを考える場合には、確かに担保所有権に基づく物上代位の側の対抗力、動産の譲渡の対抗要件については、どれを採るかによって差を付けるという考え方がもしかするとあるかもしれないと思います。ただ、価値判断として私が1.6.1と思うのは、その公示力の差があるということ。公示力の差というのは、不動産登記と動産の譲渡に関する対抗要件の公示力に違いがあるというのは、Bさんがおっしゃられたとおりの理解をしていることに加えて、先ほど申し上げたように、実際上は両方、両方というのは動産も取り、その対価としての債権も担保に取ることもできたわけですが、それをせず、債権自体はそれをターゲットにして譲り受けて対抗要件を備えてきている場合に、どちらをより保護したほうがいいのかという観点も加えて考えると、1.6.1がいいのではないかというふうに思っています。結論としては、今のご質問との関係では、物上代位の側というのは、いずれの第三者対抗要件でもいいのではないかというふうに思います。

○F 先ほど申し上げました通り、私は、両案を残したほうがよいと考えています。Bさんは、まず、登記の公示力の差異について、2点おっしゃったと思います。

1点目は、登記事項証明書を誰でも取ることができるかどうか、という違いです。しかし、それを言ってしまうと、もとの動産について、登記事項証明書を取ることができる者

が限定されているにもかかわらず、対抗力が認められていることについての説明に窮する気がします。

2点目は、目的物が明確に記載されているかどうか、という違いです。これについては、不動産について抵当権設定登記がされているときと、個別動産についてシリアルナンバー等で特定された形で動産譲渡登記がされているときとでは、あまり変わらない気がします。

次に、Bさんは、占有改定による引渡しには、公示力がないとされました。しかし、動産譲渡担保権者は、もとの動産については、公示力がないとされる占有改定による引渡しによって対抗要件を備えた場合であっても、その動産が譲渡等されたときは、動産譲受人等に対してその担保権をもって追及することができるものとされています。それにもかかわらず、その動産が債権へと変形した途端に、動産譲渡担保権者に対して厳格な公示を備えることを求めるというのは、バランスが悪いような気がします。

Eさんの考え方については、次のような疑問があります。Eさんは、まず、動産譲渡担保権者は、もとの動産について担保権の設定を受け、対抗要件を備えるときに、代位目的債権についても担保権の設定を受け、第三者対抗要件を備えておくべきである、という前提から出発されています。しかし、この前提に立つと、約定担保物権については、そもそも物上代位を認めるべきではない、ということになりそうです。

次に、Eさんは、代位目的債権それ自体についてこれを譲り受け、第三者対抗要件を備えた者は、動産譲渡担保権者よりも、保護されるべきであるという価値判断を示されています。しかし、これとは別の価値判断も、あるような気がします。たとえば、動産について譲渡担保権が設定され、動産譲渡担保権者が対抗要件を備えた後、その動産が滅失し、その代わりに保険金債権が生じたとします。この場合には、その動産については、動産譲渡担保権者が優先的にその価値を把握しており、第三者は、そのことを否定することができませんでした。そうであるとすると、その動産の代わりである保険金債権が譲渡され、債権譲受人が第三者対抗要件を備えたとしても、債権譲受人が動産譲渡担保権者に劣後するのは、やむを得ないという価値判断も、あるのではないのでしょうか。

○座長 Fさんがおっしゃったことですが、先取特権や抵当権について判例法理が展開しているけれども、明文化されていないときに、ここだけ明文化できるのかという問題があります。対抗要件とか公示の在り方に従って更に検討するというのが本日のまとめかな。物上代位のところはそろそろよろしいのでしょうか。決まったわけでも何でもないのですが、更に検討していただくということで。

もう一個大きな話として、配当要求とか第三者異議の話がありますのでそちらに移りましょう。

○G 資料の11ページの3の配当要求、第三者異議あたりについて、先ほどの法務省のご説明の趣旨の確認をしたいと思います。3の(2)で第三者異議の訴えを提起することができるのは無剰余の場合だけだというお話でした。ただ、目的物の価額というのは、実際に評価してみなければ分からないわけです。

質問というか確認は、無剰余かどうかということは第三者異議訴訟の本案の問題だというふうに位置付けるという理解でよろしいのか。それから、先ほど執行停止にも言及がありました。無剰余だからということで第三者異議の訴えを提起して執行停止を求める場合にも、無剰余かどうかというのは、その事実上の点についての疎明があったかどうかという問題に最後は還元されるのかどうかというのが1つ目の質問です。

2つ目は、(1)と(2)を見ると、配当要求と第三者異議の両方ができることになっています。これを両方する場合に解釈の調整問題というのはみんな解釈に残るということでよろしいですか。例えば、配当要求ができるというのだったら、第三者異議訴訟で、いわば質的一部認容として優先弁済の限りで認容するというような議論がありましたけれども、それだったら配当要求も一緒にしておけばいいではないかというような議論もありそうなのです。この辺はみんな決めに打たずに、解釈に残るということでの理解になりそうでしょうか。以上2点です。

○法務省 無剰余であることが本案の問題かというご質問は、無剰余でなければ棄却になるのか却下になるのかというご質問なのかと思ったのですが、これを訴訟要件として見るのか、それとも実体的な請求原因の一部として見るのかというところまでは、現段階で十分に詰めて考えてはおりませんでした。昭和56年、昭和58年の最高裁判決で言うところの特段の事情というのが無剰余のことを指しているのだとすると、それは言ってみれば現行法と同じような状況を実現しようとする、こういう規定になるのかと考えて書いたということです。確かにご指摘を受けて、それが訴訟要件なのか請求原因の中身の問題なのかというところは、もう少し考えてみたいと思います。

もう1つ、配当要求に加えて第三者異議を設けたのは、早めに執行停止をすることができるというところにメリットがあるのではないかと思ったのです。その場合には、確かに無剰余の疎明が必要になってくるのだらうと思います。その疎明がもし難しいのだとすると、そのメリットはかなり減殺されてくるのではないかと思います。

ただ、産の場合にはかなり高額な機械などであれば剰余があるという場面も十分に想定できると思います。一方で、あまり剰余がないケースも多いだらうと思います。そういう場面では、疎明が容易にできるケースも想定できるのではないかと思いますので、一定の役に立つのかと思いました。

2つ目のご質問の、配当要求と第三者異議が重複することによって、些末な問題が出てくるのではないかということについては、十分に検討されておられません。今の段階でお答えすると、解釈に委ねられるということになります。ただ、もう少し検討を深めていって、もう少し明文で解決できる部分があるのではないかということであれば、それはもちろんコンセンサスが取れば明文の規定で置いておくことも十分あり得るのだらうと考えております。私からは以上です。

○G どうもありがとうございました。よく分かりました。

○座長 動産差押えの場合の無剰余の、何と言いますかプロセスというのが、ここだけ明

確になっているというのも変な話で、不明確なところは不明確なのです。だから、ここだけプロセスを明文化するというのもなかなか難しいのです。しかし、どういう理解に基づいているのかというのは、多分きちんと議論をして明らかにしておかなければならないだろうと思います。

○B この場面、担保所有権の設定者の債権者が目的物を差し押さえた場面における担保所有権者の気持ちということ考えた場合に、3の(1)で、これは俺も実行しようと思ったけれども、先に差押えをしてくれた人がいると。それでは、そこから配当を受け取ろうというふうに考える担保権者も確かにいると思うのです。

他方で(2)の局面ですが、担保権者としては、俺が実行しようと思っていたのに、設定者の差押債権者が、何か知らないけれども差し押さえてきて、言葉は悪いですけども、邪魔しやがってというふうに思う人もいると思うのです。その場合に、第三者異議の訴えをしたいときに、今回のご提案では、そこに制約がある形になっているわけです。要するに無剰余、剰余のところのポイントになってくることになっていて、果たして担保権者側からみた場合に、合理的な制度になっているのかということが少し気になりました。

あとは、後順位の担保権者が実行する場合の規律、私的実行のときの規律というのが、今回はどういう提案になっていたか。それとのバランス論というのものもあるかもしれないと思います。

昭和62年の判例（最三小判昭和62・11・10民集41巻8号1559頁）で、これは動産売買先取特権と集合動産譲渡担保の争いがあったときに、集合動産譲渡担保権者は、動産売買先取特権者による競売に対して、原則として第三者異議の訴えができるけれども、しかし特段の事情がある場合は別だというふうに行っているところともリンクする話かと思ったのです。他の場面との整合性とかバランスというのを、私自身考え抜けているわけではありませんが、どうだったかなというのはちょっと考えたいと思いました。

○座長 後順位の問題について一言言うと、法務省が最初のところで、後順位の問題はあえて書かなくても、実行のところでおっしゃったのは、おそらく第2順位であるという人が、私的実行したり差し押さえたりするというのを考えると、第1順位の人が上位に立つことは確かなので、自分は上位である、それで無剰余であるということになると(2)の話になる。自分は上位ではあるけれども、無剰余ではないという話になると(1)の話になるというだけです。その順位ごとの配当というような観念を考えなくても、多分処理できるのではないかということなのではないかと推測はいたしますけれども、違うかもしれませんし、まだ先の話でと言えば先の話です。

○H Bさんの前段の話です。私の理解では、今のお話は要するに他の債権者が実行してきて気に入らないというお話で、その第三者異議に制約を加えるのはどうかという趣旨のお話だったと受け取りました。

ただ、この制約というのは、結局担保権者が100%弁済を受ける場合は、第三者異議はできませんという制約なのです。剰余があるということは、結局担保権者は100%弁済を

受けるということですから、その場合には第三者異議はできませんよと言っているにすぎないわけです。自分が100%弁済を受けられるのに、他のやつがやるのは気に入らないという利益は、私はそんなに保護に値する利益ではないように思います。その場合には第三者異議を認めてしまうと、結局剰余があるのに、資料にも書かれているように他の債権者は配当を受けられなくなってしまうわけですが、その場合は、担保権者の利益よりは差押債権者の利益を優先するという趣旨の提案かと思っていて、基本的に私は提案に賛成です。

○I 同じところに関係するのですが、資料3の(2)の剰余の有無の立証責任はどちらに課されると考えるべきなのでしょうか。そもそも、判例の「特段の事情」を明文化したのが「剰余がないときは第三者異議ができる」という話だとすると、おそらく差押債権者側で、第三者異議に対するいわば抗弁的な形で「剰余が十分にあることが明らかだ」ということを立証していくということになって、第三者異議を訴える担保権者側が、「剰余がない」ということの立証責任を負うというわけではないのではないかと思います。それが1つです。

もう1つは、同じところに関する疑問というか、この資料がどう考えているのかという質問です。担保権者は、(1)で「配当要求することができる」、(2)で「一定の場合に第三者異議ができる」となっているのですが、それらをしなかった場合に担保権はどうなると考えているのか、という質問です。配当要求することができるけれどもしなかったら、その担保権は消えるのか。普通の担保権は、配当要求できるのにしなかったら消えると思うのですが、ここに関してはそれでよいのだろうか、そうではないほうがいいのではないか。もちろん、買受人に即時取得が成立すれば、結局担保の負担のない権利を取得するということにならざるを得ないと思うのですが、即時取得が成立しないときにどうなるのか。また、第三者異議もできるのにしなかったときにはどうなるのか。以上の点について、この資料はどのような前提を採っているのかを確認したいと思います。

○法務省 明示的に考えていたわけではないのですが、Iさんがおっしゃったように、普通の担保だと消えてしまうわけで、そのことと違う扱いをするつもりはあまりなかったです。そういう意味では、できるのにしなかった場合は消えてしまう、少なくとも、そのものに対する権利としては消えてしまうのではないかと思います。

○座長 いや、だから、Iさんがおっしゃるのは、第1のところ担保権というものを創設するのだと考えると、他の担保権と同様に扱うということになるけれども、所有権移転が担保権の範囲でも起こっていると考えるのならば、結局他人のものが売られたという状態になるわけだから、他人の動産が誤って売られたという場合の問題として処理されるというのが、第1のところのポジショニングとは整合性があるのではないかという話ではないかと思うのです。そうですね。

○I 今のは、なるほどと思いました。

実際には、必ずしもそういう趣旨ではなくて、むしろ私が考えていたのは、Bさんがおっしゃっていた、劣後担保権の実行との整合性というか、そういうところでした。少なく

とも現在の判例では劣後担保権の私的実行は優先担保権を害することになるからできないという話になっていて、劣後担保権を実行するときに優先担保権者の権利をいかにして守るか、という話が意識されていました。そのこととの平仄からすると、一般債権者が担保の目的物について強制執行したときにも、担保権者の権利をどう守るかを考えなければいけなくて、配当要求で確実に配当がされるのだったらいいですけども、必ずしも担保権者に配当要求の機会が保障されているとは限らないような気がして、そうだとすると、その権利は残るといような形で保護せざるを得ないのではないか。そういう実質論のほうにむしる頭にあったのです。

○座長 動産売買されるときには、動産売買先取特権の目的物が飛んでしまうんだよね、配当要求をしなければ。

○I それは私もそう思います。

○座長 それと同じには考えられないのかということだよ。だから私は深読みして、Iさんは第1のところの考え方との関係でおっしゃっているのだと言ったら、それは読みすぎだと言われてしまいました。Iさんは、今までの研究会でも統一的な経営維持機能の話がずっとされています。先順位者と言いますか、第1順位の人を守るということが、債務者の活動を守るといことの意味を持つということもあるのではないかという話をずっとされていて、それとある意味ポリシー的には一貫しているご発言かもしれません。

○J 同じ 11 ページの 3 のご提案について、ちょっと違う角度からの質問ないし意見を申し上げたいと思います。このご提案については、前回、民事執行法 38 条の第三者異議の類推からも導けなくはないが、分かりにくいのでルール化するべきだといようなご議論があったかと思います。そうすると、このご提案というものは、基本的には民事執行法の改正に向けられたご提案ということになるのでしょうか。

この点が気になりますのは、質権の場合と譲渡担保の場合で、差押債権者との競合という論点の扱い方がだいぶ違っているように思うからです。もちろん譲渡担保に条文はありませんので、教科書レベルの比較になりますが、譲渡担保のほうでは、他の担保権の設定とか、目的財産の処分といった、処分を受けた第三者との関係のような形で扱われていて、民法の教科書で差押債権者との関係のある程度詳しく取り上げるのが一般かと思います。

一方で、動産の質権のほうでは、おそらく執行法の問題ということに収斂されてしまっていて、民法の教科書で目的物の差押債権者との競合についてはあまり詳しく扱われないように思います。このような違いから考えると、民事執行法 38 条の改正のような形で規定するとすると、担保法のルールとしては、分かりにくくならないかと思います。

国際水準と言っているかどうか分かりませんが、UNCITRAL では、判決債権者と呼ばれる差押債権者との関係は、プライオリティの問題、つまり、対抗要件を具備した上での競合関係の問題として扱われています。もちろん、UNCITRAL には執行法の詳細については何も規定がないわけですから、それとの平仄があるのかもしれませんが。ただ、UNCITRAL 等と比較して国際的にわかりやすい位置付けとしては、現在の譲渡担保についての教科書

のような位置付けの条文にならないものかという期待を持っています。その意味では今回、前の3を削ってこれだけを残したということにも関係するのかと思っています。そういう位置付けの問題についてお伺いしたいという次第です。

○法務省 前提としてこの新しい譲渡担保権というのか担保所有権というのか、この部分だけではなくて実体的な部分を含めてどこに書くのかということをもまず決めないといけないのだと思います。

仮にこれを質権とかそういうものとの並びで民法の担保物権のところを書いていくということになると、Jさんのご希望には沿えないのかもしれませんが、かなり手続的な話ですので、民事執行法の方に書くことになるイメージです。ただ、ここの話は実行や倒産のところなども含めて、かなりいろいろな分野に影響してきますし、仮に担保目的での譲渡を、こういう効力があるみたいな、最初の1のところでの点を踏まえた規定ぶりになっていくとすると、仮登記担保法がそうであるように、別に担保法を作るということも十分検討の対象にはなってくるのだと思います。

そうだとすると、多分この辺も含めて、民事執行法の中に書くというよりは、この動産とか債権を含めた担保に関する特例法みたいなものを作ってその中で、後ろのほうに書いていくことになるのかなと思いました。いずれにしても、今確定的にこうであるということをおし上げられる段階ではないのですけれども、法制的に全体をどのように変えていくのかということによってくるのかという感じがいたしました。確定的でなくて申し訳ございません。

○座長 物上代位のところについて、私はやはり1つだけ言いたいのです。これは、単純所有者ではできない権利を認めているのだよね。そうすると、それというのは何か先ほどの担保ファイルではないのだけれども、ファイリングではないのだけれども、そういうのがないと認められなくないですか。だけど判例は認めているではないかと言われてしまえばそれまでだけれども。

例えば、担保所有権者が売却の債権を差し押さえたとします。そのときに破産していると、管財人が、「いえいえ、あなたは当然真正譲渡ですよ。真正譲渡ですから債権にはかかってきません。ただ単にあなたのものを勝手に売ってしまったわけですから損害賠償の義務は負いますよね。しかし、それについては一般債権者として配当を要求してください。決して優先権はありません」と言うと、譲受人が、「いえいえ、私は所有権を譲り受けたというふうに契約書には書いてはいるのですが、実はこれは担保の範囲でございまして、担保なんです」と言う。そうすると管財人が、「いやいや、あなたは、本当は全部持っているはずですよ」と言うわけです。それは根本的におかしいと思うのです。

Fさんだけ論文を書ってくれたのだけれども、誰も正面から私の疑問には答えてくれないのです。私は、担保ファイルというものによって、特別な効力が与えられるというところでなんとか平仄をぎりぎり合わせようと考えていました。それなしで物上代位は認められますと言ったら、担保の目的物に、担保の範囲に限られると権利は拡大することになる

と。すみません。Kさん、お願いいたします。

○K 無剰余の件で1つ確認しておきたいのです。今までの我が国の法制度において、譲渡担保目的物が債務者の事業の継続に必要な不可欠であるといったケースであっても、目的物が差押えられた場合は、無剰余でない限り担保権者は異議を言えない。したがって、その売却を防ぐためには、担保権者が差押債権者の債権を肩代わりするしかないというのが我が国の伝統的な考え方であるということですか。

○座長 そうなのではないですか。

○K ということは、重要な事業に打撃を与えるような差押えであっても、無剰余でない限り、差押えによる処分がされても仕方がないということですね。

○座長 他方で言うと、差し押さえられないようにするためには、全ての動産にちょっとずつ債権の担保を設定していればよいという形になるわけです。それも変だろうということなのだろうと思うのです。そのシステムとして、Hさんがおっしゃったのは、それは債権の回収のためにやっているのだったら、債権が回収できるという状態であるならば、それは差押えがそのまま進んでいくというのが普通の考え方なのではないか。普通というか、そういうのが一応の価値判断なのではないかということで、Bさんは違う考え方なのかもしれません。だから、この研究会でどのように定めるべきか議論で決めればよいことなのです。

○B 伝統的な考え方なのかというご質問については、私もよく分かりません。抵当権については、少なくとも第三者異議はできず、このような場面では配当要求していくということだと思っています。民事執行法 38 条では、「所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者」が第三者異議の訴えの原告適格を持つものとされておりますが、不動産の抵当権者は配当要求すればよいということで、ここには含まれないということだと思っています。

先ほど私は、3 の(1)(2)について、担保権者の気持ちに立った場合のことを申し上げましたが、一番のポイントは動産だということなのです。動産の競売にどれほどの期待ができるかということをおよそ注意しなくてはいけないのではないかと。動産の担保権者に今回なろうとする人たちは、銀行のように純粋なレンダーの立場の方もいれば、商社のように動産のことをよく分かっているという方もおられる、取引債権者のようにです。そのような場合に、いざ目的物に差押えを受けると、剰余に関わる裁判所の手続にかからしめられないと、思うようなその価値の実現はできなくなるということ、そこに巻き込まれていくのだということが一番嫌うことなのではないかと感じるのです。これが、一旦差押えを一般債権者であれ、誰々がされた場合には、その手続に巻き込まれていくと。差押えがされて、その手続での配当を受ければそれでよしとすれば配当要求すればよろしいと、(1)のルートでいきたいと思います。

しかし、そもそも剰余があるかどうか自体が分からないわけです。不動産はもちろん、動産であっても、売り方によって、その価値の実現は、異なってくるのが現実です。商社

みたいに価値が分かっている人は、自分でこれを処分する、あるいは自己に帰属させるということでもって、一番高い価値が実現できるのだと思っている場合があるわけです。そのような方がいる場合に、この剰余のところについて、先ほどのように抗弁事由なのかうんぬんという問題はあるにせよ、かかずらわされるんだということになるのが、担保権としてよろしいことかどうかということが私が言いたかったことなのです。そういう見方もおそらくあるのではないかと思うので、ちょっと補足したいと思います。

○L ここはテクニカルな話なのかも分かりませんが、実務的に考えると、まず差し押さえされているからこそ第三者異議の話になるわけで、差し押さえたときに、普通の動産であれば執行官が自分で評価しますし、そうでなかったら評価人を連れて行って評価し、一旦評価額が出ています。その評価額がある限り、担保権者は自分の債権がそれより大きければ、それだけで剰余がないということに本来はなるはずです。

そのときに、この手続を併存させるのかという問題があり、研究会資料では配当要求することもできることになっています。ただ、配当要求した結果、評価額よりもその配当要求額のほうが大きければ、執行官は民事執行法 129 条 2 項で差し押えを取り消さなければいけないというように法律上はなっています。したがってこの配当要求の手続を進めて、ある意味簡易に差し押えを終わらせることも本来はできるのだと思います。ただ、あくまで執行官の判断になってしまうので、そうではなくて裁判所の第三者異議という手続を起こすこともできる。そのようなテクニカルな観点で言うと、二本立ては常にできるという状態で問題はないと思っています。

ただ、ちょっと微妙なのは、動産の場合は不動産の場合と違って買受可能価額のような制限がありません。不動産の場合は、売却基準価額が 100 万円なら 100 万円の 0.8 掛けの 80 万円未満では落とせないけれども、動産の場合は仕組み上、そうはなっていない。執行官提要などによると、評価額より下がった額でも別に売ってもよいが、ただ、評価人が評価したような場合に評価額を下回る金額で売却するのは不相当だとされています。ただ、これはあくまでも運用としてそうなっているというだけなので、その辺は動産執行の配当要求とか、動産執行の無剰余取消しの辺りを少し整理しなければいけない可能性はあるのではないかと考えています。法律でなくて規則による整理となるかもしれませんが、そこさえすれば、實際上配当要求なり第三者異議で、そんなに立証が大きく問題にならないレベルで、差し押えを止めたり、若しくは剰余に与ったりすることは多分できるのだろうとは思っています。

他方、民事執行法上、動産執行は、不動産よりはかなりざっくり作っていて、それは動産だからということでもって実務は回っているのだけれども、そういう手続を、ある程度不動産の規定を参照したような形にしたときに、今度は逆に手続が重たくなれないかという問題があり、そのバランスを動産の場合にはどこで付けるのか。個別動産と集合動産では結果的に違うことになるのかも分かりませんが、それは裁量かも分かりません。その辺りはほとんど民事執行法の問題ですけれども、民事執行法で少しここの 3 の (1) とか (2) の辺りを

フォローすれば、この規定でうまく回るのではないのかというふうの実務的には思っています。

あとは、担保権者が配当要求の機会をちゃんと与えられることが大事です。前からある、後順位担保権者の実行のときにどうするかという話と同じように、どうすれば担保権者が、差押えがあった事実を知り、自ら行動しようと思う機会を保障というか、その手続保障を厚くするかと。そこは、考えなければいけないところかと思っています。

○座長 先ほどもちょっと話が出ましたけれども、無剰余措置の在り方というか、なされ方というのをプロセスですと考えるかなくではいけないで、その中に第三者異議を組み込んで考えていかなければいけないので、意外に、かどうかわかりませんが、結構難しいのです。Lさんから非常にわかりやすいご説明を頂きました。実体的にだけ考えて進めるわけにはいかない面が多分あるかと思えます。第1の動産について、また何かご発言があればお伺いします。

○A 4点ほどあって、全部細かい問題です。これを報告書として世の中に出すのであれば、まあ出すのだと思えますけれども、注意したほうがいいのではないかと思うことを4点申し上げます。

1点目は、表記の揺れがだいぶあると思うのです。例えば、「担保所有権」というように使っているところもあれば、単純に「担保権」と使っているところもある。「担保所有権者」と言っているかと思えば、「担保権者」と言っているところがある。第2の集合動産のほうも同じです。それは、統一しておかないとすごく読みにくいのではないかというのが1点です。

2点目は、今で言う所有権留保と譲渡担保を同じ規律の下に服せしめようということに全体としてなっていて、それはそれでよろしいと思うのです。ただ、その説明のところで、それは譲渡担保のことだよ、ということがすごく目立つところがあるのではないかと思うのです。例えば、9ページの28行目に、「譲渡担保及び所有権留保は所有権が債権者に移転するという形式を採るから」と書いてあります。それは、譲渡担保ではそうだけれども、所有権留保は違います。

あとは13ページの4行目というか4のところの3行目なのですけれども、「実行によって確定的に所有権を失うまで」となっています。これは設定者のほうがですが、所有権留保の場合は所有権を失うということではないはずで、設定者というか留保買主のほうは。だから、こういうところも気を付けたほうがいいと思います。

さらに、14ページの5の説明のところで、譲渡担保については、もともと担保所有権者は、担保目的の範囲内でしか所有権を取得していないのだから、残りの部分なんて移転できないよねというわけです。だから、即時取得は問題になるかもしれないけれども、それ以外はということが書かれています。所有権留保の場合は、もともと自分が所有権を持っていて、留保買主にはその利用権、使用権を移転するだけなので、やはりこの説明はできないと思うのです。この説明ができないということは、ここで所有権留保も同じ規律に

服せしめるのだったら、特有の説明を加えないといけないのではないかと思います。これが2点目です。

3点目はすごく細かいのですけれども、13ページの4の担保所有権の設定者のところの後の、担保所有権者のところ。「譲渡担保権者又は所有権留保売主」とあります。それに加えて、所有権留保の場合に、立替払いをした第三者が所有権留保をするという場合があって、そういうのを入れておく必要があるのではないかと思います。

4点目は、14ページの5のところの表記です。1の「被担保債権の弁済期が到来するまでは」というのは、弁済期が到来したって弁済すればいいだけなのです。「被担保債権について不履行があるまで」というようにしたほうがいいのではないかと思います。1点です。

あとは、(1)について、先ほどの第三者が立替払いするときには、一応目的物の所有権を移転するという意味では処分をするということに入るのではないかと思います。それを除くというふうにしなければいけないのではないかと思います。

全部細かい問題なのですけれども、ある段階でよく注意をしておかないと、報告書が外に出たときにつまらないところで気にされてもと思うので、気付いた限りですけれども申し上げます。

○座長 ありがとうございます。注意しなければならない点を幾つも挙げていただきました。もう一回精査をしたいと思います。信販会社が出てくる場合については、これだけで動産譲渡担保権の効力が埋まるわけではないので、もうちょっと先も考えなければいけないので、どこでどういうふうにするのかという問題もあろうかと思います。いずれにせよ検討しなければいけない問題であることは確かだろうと思います。

○L 結果的に座長が言ってくださったのですけれども、いわゆる第三者が絡む所有権留保については、明示的に分けて考えないと議論がうまくいかないのではないかと、そもそも言葉からして「所有権留保」という言葉がいいのかということも弁護士会では議論になりました。所有権が一旦動いていることは間違いありません。メーカーから信販会社なら信販会社へ一旦動いて、債務者のほうには行っていません。そういう状態の中で、どうしてもそこまで意識せずに文章ができて、少なくとも我々は意識せずに読んでしまうので、もう少し明示的に分けて議論しておいたほうがいいのではないかと、これが弁護士会での議論でした。今後明確に書かれるかも分からないけれども、第三者絡みの所有権留保は、そこも含んでいるということが本当に分かるような形でやっていただいたほうがいいかなと思います。

○座長 ありがとうございます。一旦休憩を入れたいと思います。

(休憩)

○座長 では、再開いたします。動産を目的とする占有型の担保権の効力という話をしてきまして、時間的にはそろそろやめなければいけないのですが、ただ、なお発言がありますし、そのご発言の内容は全体に関わることでございますので、是非発言をしていただこうと思います。

○D 資料の6ページの「動産を目的とする非占有型の担保権の効力」という所に「適用範囲等」というのが書いてあって、いろいろな定義が書かれているのですが、その定義の中に「非占有」ということを示すような言葉がなかったような気がして、それで大丈夫なのかなということが気になりました。

具体的には2つの懸念を持っています。1つ目は、質権のように担保権者が目的物の占有を有するけれども、質権の設定ではなくて、所有権を移転するという形式で担保の設定をしたときの問題です。質権は結構質権者に冷たい権利ではないかと思っていて、例えば、あらかじめ流質の契約をすることができなかつたり、目的物の占有を失ってしまうと取戻しをすることができないというルールがあつたりします。ところが、占有型の譲渡担保が有効であつて、予め帰属清算の合意をすることが認められたり、目的物の取戻しが認められたりするとすれば、質権の規定が潜脱されてしまうことになります。質権のような規律が必要であるとすれば、占有型の譲渡担保を質権とみなす規定が必要になりそうですし、反対に、質権のような規律が不要であるとすれば、そもそも現行法上の質権に関する幾つかの制約は不要ではないか、という風に、質権にはねてくる可能性があると思いました。

もう1つは、使用収益のルールとか果実の収取のルールとかが後のほうに出てくるのですけれども、これは強行規定ということなのか、それとも当事者が任意に決めれば、担保権者の側が使用収益したり果実を取ったりすることもあるのか疑問に思いました。

○座長 ありがとうございます。最初におっしゃったことと後半のつながりが分からないのですが、Dさんは最初の段階で非占有だということを6ページに書くべきだとおっしゃったということよろしいですか。

○D もし書かないとすると、占有型のものも含んでしまうのではないかと思ったということです。

○座長 そうなのでしょうが、後のほうは占有型のものを含んだほうがいいという感じの発言のように聞こえてしまったのだけれど、そういうことではないのですか。

○D そうではなくて、もし占有型のものも含んでしまうのだとすると、使用収益とか天然果実とかは一種の任意規定というか、いろいろなパターンがあるということになるのかなと思ったということです。

○座長 任意規定だと考えるべきだという話なのか、それとも、もう非占有だけを扱うんだというお考えなのか、それはどちらなのか。

○D 私は非占有型で新しい担保権を創設する立法をするべきではないかと考えています。定義に非占有型であることが含まれる担保権を創設すれば「非占有」であることははっきりしているのですが、「所有権を担保目的で移転する」という法形式なのだったら、占有はどちらでもいいということになってしまうのではないかという心配をしています。もし、そうではなくて、やはり非占有型に限定するのであれば、そのようにはっきり書いたほうがいいのかと思いました。

○座長 非占有型と書いて新しい担保物権というのを作ったときに、特約で債権者に占有

が移っては駄目なのですか。

○D 抵当権の場合には占有を移せない、非占有型だというのは一種の強行規定なのではないかと思いました。抵当権者は賃借することはできるけれど、担保権者として占有を持っているということはないのかなと思います。

○座長 それはそうですよ、担保権の中に含まれないだけですよね。それは特約で賃借はできるのですよね。特約というか賃貸借契約ですか。だから、強行規定ではないですよ。

○D そうですね。

○座長 では、もう少しその辺りは考えたほうがいいのかもかもしれません。法務省でももう少し検討していただくことにしたいと思います。

さて、もし仮にこれで第1のところは大体終わったとお認めいただけるのなら、ちょっと第2のところについては、私のほうから提案があります。第1の総論のところの議論で、大体方向性は出ているのではないかという気がいたします。

債権質に関する規定を準用するかどうかを決め打ちするのではなくて、債権質というものにおいて現在の規律が妥当なのかと。例えば取立てなどについて妥当なのかということを検討するということ、更に譲渡担保形式というのをを用いたときに、それと異なるような効果や効力などを与えるという必要がある場合があるのかということについて、その実体的な内容を検討して、それから全部書き下す、一部準用する、全部準用するというのを法制執務的、技術的な面も含めて検討するということで、大体今、皆さんのお考えがまとまっているのではないかという気がいたします。そこで第2はそういうことだという話にいたしまして、第3に移ってはどうかと思うのですが、法務省、どうですか。

○法務省 是非、それでお願いいたします。

○座長 では、すみませんが、そういうことでお認めいただければと思います。第3は十分に時間がありませんので、完全にできるとは思いませんけれども、ちょっと内容に入りたいと思います。第3の集合動産・集合債権の担保化について議論していただきたいと思いますので、まずは法務省からご説明をお願いしたいと思います。

○法務省 それでは二読からの変更点に絞ってご説明したいと思います。まず、第3の1、「担保権の目的を特定するための要件」というところです。これはコメントに書いておりましたが、動産に関して、「設定者の所有に将来属すべきものを含む」という文言を本文に追加いたしました。このように追加しましたのは、こういう集合動産を特定するための要件を規定する必要があるのは、集合動産の範囲に新しい動産が入ってくるという要素があるからではないかと考えたことから、このように修正したということです。

これに対して、債権に関して二読のときは規定を設けておりましたが、以上の動産についての考え方とパラレルに考えますと、未発生将来債権についても担保に取る、現時点で対抗要件を具備する、ということが認められると一般には考えられていると思いますので、動産と同じような規定を設ける必要性は乏しいのではないかと考えました。

そして2の設定者の権限についての部分ですが、こちらに関しては原状回復義務に関す

る規定を落としております。これは二読のときの資料でも書いていたことではあるのですが、結局設定者の権限を超えて処分されてしまった場合、その所有権自体は処分先に移っているとすると、結局、物の場所だけを原状回復させたところで、設定者も処分ができなくて困ってしまうということがあって、なかなか実効性が乏しいのではないかとというところがありましたので、今回、記載を削除しました。

あと、若干細かいところではありますが、動産の処分に関する権限の部分に変更がございます。判例では「通常の営業の範囲内で」という文言が使われておりますが、これですと結局、担保の目的が営業に使われている動産だということが前提になってしまうのではないかとというご議論もありましたので、別案として「担保権の目的である動産の構成について通常の過程で生じ得る変動の範囲内において」というのを挙げております。

最後、この2のところでは、債権に関してですが、今まで本文に記載していなかったところを明文化したという感じですが、取り立てられるだけではなく弁済として受けた金銭等を収受できます、利用できますというところを明らかにしております。

3 が設定者の債権者による差押えについての部分ですが、ここは二読では「実行に着手するまでは」としておりましたのを、要は個別動産を逸出させたり、個別債権を取り立てたりする権限を有するかどうかの問題だろうということで、そのように書き直している点、あとは、配当要求に関して追記している点が修正点です。

最後、4 ですが、これは物上代位に関する部分でして、大きくは変えておりません。変えているところは2点ありまして、(1)のただし書として「別段の合意がされていた場合」というのを、平成22年判例を踏襲する形で追加しましたのと、先ほどご説明した2に表現を合わせての修正ですが、「通常の営業の範囲を超える処分がされた場合は」というように二読はしておりましたのを、「設定者が有する権限を超える処分がされた場合は」というように修正しているところです。

○座長 ありがとうございます。内容は多いのですが、次回も続けるということをご前提としながら、特に1、2だけにするとかしないで、いろいろなところについてご意見を頂ければと思います。

○E いろいろあるとは思いますが、まず1点だけ。28ページから29ページにかけての設定者の権限の関係で、今回、権限を超えた形で動産を逸出させるおそれについては、予防請求権というのが残っているのですけれど、先ほどの話では、原状回復請求権というのは外れたということでした。

確かに持ち出された個々のものというのを取り戻すという意味での原状回復は、あまり救済として意味が大きくはないので、その価値判断自体には私も異論はないのですが、集合動産と呼ぶかどうかは別として、一定の範囲に属するものを担保に入れた場合には、その範囲に属するものたちの原状を回復させる方法として、むしろ、新たに通常の営業と呼ぶか、通常の変動の範囲と呼ぶかは別として、その範囲に戻すことを求める権利を担保の内容として認めるべきではないかと考えて、そういうものをイに並べてウとして入れるべ

きではないかと思えます。

その問題意識は、33 ページの 3 の直前の所には確かに書いていただいている、ここに書かれているとおりに私も考えるのですけれども、これは一般的に今まで言われてきた原状回復とは違うのかもしれませんが、今回考えられているような集合的な動産担保を考えると、こういったタイプの原状回復請求権というものを担保の内容として認めるべきではないのかなど。権限を超えるような処分がなされた場合には、そういう救済を求めるべきではないかなど思いました。

○A 今のEさんがおっしゃったことに関連して、その前提になるのかもしれないのですが、31 ページの説明について少しよく分からないところがあります。いずれにせよゴチックの提案になっているところではないのですが、通常の営業の範囲を超える処分がされた場合に、その処分の相手方は、設定者留保権は取得することができるのだということを前提としているという説明がされているかと思えます。

ここについて2つ、ちょっとよく分からないところがあります。1つは設定留保権が相手方に移転するのだということは、譲渡担保権というか担保所有権ですか、それはなお残っているということになっているわけですね。そうすると、その担保所有権というのは、集合物から外に出たものについて、いわば範囲を外れているにもかかわらず担保所有権が残っていることになるのかというのが、1つよく分かりませんでした。

もう1つは、今度は処分する側から見た場合なのですけれども、設定者留保権というのは、今申し上げたものとほとんど裏表の関係になるかもしれないのですが、ここでは、集合物についての権利なのではないか。つまり、集合動産の場合についての設定者留保権は、集合物を離れては存在し得ないのではないかという気が私にはします。そうすると、個別物について設定者留保権が移転するという考え方が本当に採れるのかどうかを疑問に思っています。

そうだとすると、なお2つの考え方がありえて、1つは通常の営業の範囲を超える処分は全く無効であるということになり、原状回復ができる可能性が出てくるという考え方は。もう1つは、そもそもが、譲渡担保権が外へ出てしまったら消滅するというのもあり得ると思うのです。どちらがいいかというのは、もし私のような考え方が成り立つとすれば、どちらにするかということは決めなければいけないのですが、私の考え方としたら、どちらかかなど思っていました、31 ページのような説明に必ずしも賛成できないのだけれども、ということをお願いしたいと思いました。

○座長 皆さんの意見を伺わなければいけないのですが、こういう説明をする必要があるのかということなのだろうと思うのですよね。つまり、集合物と個別動産との関係など、いろいろな議論があるわけですが、Eさんのおっしゃったところをやると、今、言葉を変えと言ったけれど、通常の営業の範囲を超えて搬出された場合には、そのものを元に戻せと言っても仕方ないので、「補充せよと言うことができます」と書いてよという話で、そう書けばいいので、もしそのものが出ていってしまった場合には、もう出ていっ

ちゃったら効力が及ばなくなりますよと言うのだったら、出ていったら効力が及びませんと言うだけの話で、それが倉庫に入っていた時代には、その動産に設定者留保権が及んでいるのだけれど、出ていったときになくなるとか、あるいは設定者留保権が付いたまま、処分でなければ付いていったままになるのだとか、通常の営業の範囲における処分でないで存続するままになるのだとか、そんなことを書かなくても、どういった場合にどうなるかということだけ書けばすむという考え方もあるかなと思いますけれども。

○I すみません、Eさんの先ほどの発言の内容をちょっと確認したいのですけれども、いわば同種同量のを補充しろというような請求はできると考えるべきではないかという話だったと思うのですけれども、これは誰に対して請求できるという話ですか。処分の相手方に対してそれを請求できるのか、それとも設定者に対して請求できるのか。設定者に対して請求できるのだとすると、それは設定者の補充義務の話になりそうで、設定者が補充義務を履行できないからこそ原状回復請求が意味を持つのではないかと思ったのですけれども、どういうお話だったのでしょうか。

○E 私の趣旨は設定者に請求できるということなので、逆に言えば、それはできないというときは、その持ち出された個別のものに効力が及ぶという形で救済してもしようがないと思っていて、そこは及ばないということではないかなと思います。

ただ、その補充義務というものの、結局性格によるのかもしれないです。補充義務というものが、ある意味集合物というものの、集合物と呼ぶかどうかとも決まっていなかったりもしますが、その範囲に対して持っている担保権の中身として出てくるものだとすれば、例えば一番大きいのは、設定者が倒産したときに管財人が現れて、ただ、まだ実行はせずに、別除権のような形で事業も継続しているというような状況で、更に通常の営業の範囲を超える処分がなされたときにも、なお管財人に対して、同種同量という、そんなに厳密なものだと私は考えていなくて、その事業の状況に応じて、当然減ることは一向に構わないと思うのですけれども。その時々通常の営業の範囲内の幅の範囲で、大幅に権利を超えて管財人の搬出が行われてしまったときは、そのレンジに戻してほしいということが言えるというような程度には物権の内容としては認めるべきではないかということで、単なる債権的な請求権で、倒産してしまったら何の効力もなく飛んでしまって、それ以上、持ち出しについて何も言えなくなるということではないのではないかな。その程度の効力としては認めるべきではないのかなということです。逆に言えば、持ち出されてしまった個々のものに追及していくということは考えていたわけではないです。

○座長 私、実はEさんに質問しようと思っていたことを、今、Eさんがお答えくださったのですが、お答えくださったことで、ちょっと、えっ、そうなのかなという気がしているのは、例えば集合動産譲渡担保の設定契約を結ぶ際に、つまり中身の評価額が1,000万円を超える状態にしてはいけませんというような約定をしますよね。そうすると800万円になったと言ったら、もう200万円分を入れろというように請求できるわけだけれど、Eさんの言葉遣いで言えば、それは債権的にそういう約束をするのは自由ですよ

いう。もうそれはできないという考え方はあり得ないと思うのです。

だけれども、その通常の営業の範囲、またそれについて言うけれど、通常の過程を超えるようなものがあつたときには、物権的な意味で譲渡担保権の効力として、そういう補充を請求できて、それを管財人に対抗できるとおっしゃったのですか。そうするとその状態で、へこんでいる段階で破産手続開始決定になると、まずは、管財人は補充しなければいけないと、そういう意味でおっしゃったのですか。

○E 通常の営業を大幅に超えて処分がなされてしまった状態で倒産したときということですか。そうですね、その時点の通常の営業の範囲で回復することというのを、それは管財人に対しても請求できるということになるのではないかと。そのレベルというのは、繰り返しになりますけれども、そのときの状況に応じてということではあるのですが、ただやはり、全てが飛んでしまう、全てが飛んでしまうというか、全く何も言えなくなってしまうということではないのではないかと。

○B Eさんがおっしゃった趣旨を補充すると、恐らくこういうことかなというのを私なりに理解したことで、要するに1,000万円を下回ってはならないというのは債権的な約束であつて、800万円になってしまった場合、あと200万円を補充すると。それによつて担保価値を維持するということは債権的な約束としてはもちろんできますと。ただ、通常の営業の範囲というものが別途物権的な効力としては存在していて、通常の営業の範囲を下回ることになった場合には、そこを補充しなさいというのは、あるいは担保価値を維持しなさいというのは、その1,000万円という債権的な約束とは別途の規範的な要件というか効力として、存在し得るということをおっしゃったのかなと思つたのですが、違つていたらおっしゃってください。

○座長 私は分からないのですが、家屋に抵当権が設定されていたとしますね。そうしたときに設定者イコール債務者が、その家屋の付加一体物であるめぼしいものをむしつては売り、むしつては売り、むしつては売りしてたと。それは物権的に及んでいるものをむしつて売つたわけだけれど、それを第三者が、例えばそれを即時取得した、ないしは、それこそ搬出されたものについてどういう効力が及ぶかという議論はあるわけだけれども、とにかくにもそういう状態で破産に至つたといつたときに、まずはむしつたものを管財人が補充しなければいけないとか、不当に伐採した木材を管財人が補充しなければいけないというところから話が始まりますか。そんな効力は、普通はないのではないですかというのが私の疑問なのだけれど。

○E 動産について、それはおっしゃるとおりだと思うのです。それで集合物についても、大幅に搬出してしまった状態で破産したときに、それで、もはや、それ以上補充をしたくない、あるいはそれを補充するようリソースの使い方をすることは一般債権者を害するのではないかという判断で、事業をやめることは一向に構わないと思うのです。

ただ、例えば債権型の手続を継続するときに、従来どおりそのビジネスは継続したいと考えるのだとすればということなのですが、それが非常に合理的な判断で、スクラップア

ンドビルドをする中でも、この事業を残したいと考えるとすると、やはりそこは通常の営業の範囲に戻すようなことをして、なお、それでも維持するべきだという事業については、そこは戻してもらおうということになるのであって、倒産したのだから、担保は有効に設定されていたし対抗要件は備えていたのだけれども、搬出だけは自由にさせてもらって、新規のものは全部この新倉庫に入れますということが、何ら問題なくできるということにはならないのではないかとということです。

○座長 Eさんの話は恐らく2つあって、不当に搬出されたものに対しても、個々のなものについて効力が及んでいるというのは、それはもう諦めようというか、なかなか実効的ではないので、そのことはもうなしにすると。しかし、外に行ってしまった状態になったときに、これに及ばないということにするのならば、別個の物権的な何らかのプロテクションを与えてあげなければいけないというのが1個。

もう1個は先ほど言ったように、勝手にいろいろやっておいた挙げ句に、その商売続けますと。それはちょっと再建型で虫がいいんじゃないという話で、それをどのように丸めてというか、構成していくかということなのだろうと思います。

すみませんLさん、私が横取りしてしましまして。どうぞ、お願いします。

○L 一般的な破産管財の局面で言うと、破産開始決定までにどれだけ物権が毀損されても、それに伴って生じるものは全て破産債権です。それはもう一般的にそういう扱いになり、仕方ないと思っています。あとは民再のときの、前からある累積的な譲渡担保の効力、若しくは将来債権譲渡の効力がどこまで及ぶかという問題になるだけです。一般論としては開始決定時までには物権が毀損されたら、破産債権や再生債権などの倒産債権になると基本的には理解しておりますので、スタートがちょっと違うのかなと思います。

それとは別の観点からの話ですが、原状回復請求権に関して、研究会資料では、代わりに33ページの実行のための引渡請求権があるから、それで対処できる、つまり搬出された動産について何もできないと諦めているわけではないという前提でいいのですよね。先ほど、出たものは仕方ないというお話があって、だからプロテクションとしてという話がありましたが、33ページの辺りでは、結局は第三者から債務者へ戻せと言うのではなくて、実行するときに、俺に直接渡せというふうに言う手続は別にあると。これを原状回復請求権と呼ぶか、単に実行と呼ぶかは別にして、それはそれで手続がある。つまり、搬出された動産について何もできないと全く諦めているわけではないという、そういう理解でいいですか。そこはちょっと確認をしたかったのですが。

○法務省 先ほど、Aさんからご指摘いただいた点に関わるとは思いますが、この資料を書いたときの立場としては、今、Lさんがおっしゃったとおりで、場所的に特定されていた場合、そこから出てしまったらどうなるのかという問題があるので、そうではなくて、場所の特定は必ずしも必要はなく動産一切みたいな、在庫一切みたいな形で担保が設定されていたという場合であれば、構成物である動産が処分されたとしても、必ずしも担保権が消えるわけではない。個別の動産についても担保が消えるわけではなく、その処分先の下

でも担保権は生きていう前提で、33 ページの 11 行目ぐらいからの記載をしていたということになります。

○L 先ほど、Aさんから、法律関係をもうちょっと整理したほうがいいのではないかというご指摘があって、そこは担保権が消えているのか消えていないのか。また、担保権は消えていないけれど、対抗力の傘の外へ出てしまった状態なのか。さらに、その関係では対抗要件がなくても戦えるということになっているのか、ちょっとその辺りが確かにすっきりしていないような気もしました。原状回復命令ではないけれども、処分の相手方に直接引渡請求ができるというのであれば、どういう考えなのかを整理いただいたほうがいいのかなとは思っていました。

○B 先ほどの個別動産のところでも、実は申し上げたかったですけれども、既に削除されてしまっているのですが、第三取得者みたいな場合、要するに担保所有権が付された目的物を設定者が処分した場合の規律を削除するというのが、何ページか前に個別動産の所であったのですけれども、この規律は、むしろ残しておかないと、特に担保権創設型ではなく担保目的規律型を採る場合には、その 178 条ですか、その関係なども含めて、ちょっと複雑な問題が生じそうな気もするし、今おっしゃられた問題にも関わってくるように思いますので、規定を置かないということによろしいのかどうかというのは、根本的な疑問として思いました。

あと、ちょっと付け加えて言えば、加工とか混和とか、そういったところの規定も、研究会資料 21 の 7 ページには、設けないと書いてあるのですが、混和だの付合だの加工のところの、それぞれの民法上の条文の「所有者」という文言について、これは担保所有権者も含まれるという整理にするのであれば、そう明記したほうが適切なのではないのでしょうか。というのは、担保所有権において、どこまでの範囲で所有権が移転しているのかということ自体が、まさに問題だということなのでしょうから、そこを明確化して、ルール化したほうがよろしいのかなと思います。補充の発言をさせていただきました。

○座長 ありがとうございます。担保所有者が含まれるというだけではなくて、「担保所有権者は加工したものの担保所有権を取得する」ですよね、所有権を取得するのではなくて。結構複雑ですね。

○F 設定者が動産を不当処分したときの扱いについて、31 ページの 2(1)2 段落目では、「設定者留保権は相手方に移転する」とされています。ここでは、所有権は、相手方に対して移転しないことが前提とされているようです。これに対し、その次の段落では、「処分の相手方は物上保証人と同様の地位に処分の相手方が立つ」とされ、また、32 ページの一番下の行には、「所有権は移転」という記述があり、さらに、注 84 では、所有権の移転という点では、平成 18 年最判と異なると書かれています。所有権が担保権者と設定者とのどちらに帰属しているのか、そして、設定者が動産を不当処分したときに、相手方は、設定者から何を取得することができるのかについて、明確な説明を与えたほうがよい気がしました。そうしないと、先ほどされていたような議論が生ずることになってし

まいります。

○座長 ありがとうございます。やはりこの集合動産・債権の問題を今日で終わるということは難しく、これで打ち切るといふわけにはいかないと思いますので、職権で次回もこの問題は続けてやるということにさせていただければと思います。

それでは、本日の会議は、ちょっと中途半端でございますけれども、以上にさせていただきます。どうも熱心なご議論をありがとうございました。